XII.

Ueber die Entstehung und Behandlung der Correal-Forderungen mit besonderer Rücksicht auf das beneficium divisionis.

Von
Herrn Dr Appelius,
Obergerichtsanwalt in Bremen.

§. 1.

Unterscheidung der Correal-Forderungen von andern Rechtsverhältnissen.

Wenn hinsichtlich einer obligatorischen Thatsache die betheiligten Personen als Partheien erkennbar werden, so ist es für den Juristen ein Bedürfniß, sich dieselben in Bezug auf die einzelnen, aus der Thatsache entstehenden Verbindlichkeiten zu Leistungen, obligationes, einander zu Zweien gegenüber zu stellen: creditor und debitor, actor und reus. Wenn nun jemand aus einer in rechtlichen Betracht kommenden Thatsache gegen mehrere Individuen berechtigt oder verpflichtet wird, so sind zwar naturaliter eben so viele Verhältnisse vincula juris da als Individuen; in rechtlicher Hinsicht aber kommt es auf die Zahl der wirklichen verschiedenen Beziehungen der Thatsache an, und daher werden also oft mehrere Individuen als eine Parthei zusammengefaßt werden.

Insofern nun bei einer Thatsache die eben erwähnte ordnende Betrachtung noch nicht erfolgt ist, so ist der Rechtszustand ein indefinitum, dessen Entwickelung man abwarten muß, ehe man etwas darüber sagen kann 1), und der nur

1) Z. B. l. 1. Cod. de duobus reis §. 40. Si duo pluresve rei cujusdam traditione conventionem in solidum inierint cuicum-

im Processe zu der Lehre von der subjectiven Concurrenz der Klagen Veranlassung giebt. Er kann nun zwar in diesem Zustande eben so wohl, wie bei der Concurrenz der Klagen gegen die nämliche Person [2]), oder wie bei der Concurrenz mehrerer lucrativer Erwerbgründe auf dieselbe species eine erfolgte, das Interesse oder das incumbens [3]) des Betheiligten aufhebende Leistung hinsichtlich der Geltendmachung sonstiger Klagen eine exceptio doli hervorbringen [4]); allein hiervon läßt sich auch nur erst ex post etwas sagen, und es wird durch diesen Umstand noch kein, eine besondere Hervorhebung verdienendes Institut, was wiederum zu referiven Schlüssen Veranlassung giebt.

Das Charakteristische der Correal-Forderungen liegt vielmehr darin, daß wenn nicht nur ein obligatorisches Factum, sondern auch nur eine obligatio, also nur eine Verbindlichkeit zu Leistungen vorhanden [5]), und also die sämmtlichen auf einer Seite stehenden Individuen nothwendig und unvermeidlich für eine Parthei gerechnet werden müssen; diese demnach, soweit dieses irgend thunlich ist, also hinsichtlich der Klage als mehrere Partheien angesehen werden, und also mehrere unabhängige actiones statt finden, ubi ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus [6]).

Die Frage, ob in einem Falle Correalität vorhanden sey, wird nun so oft streitig werden, als mehrere Personen ihrer Absicht nach eine Einheit vorstellen, der Gegner sich aber an ihre körperliche Verschiedenheit halten will. Hier ist

---

que eorum, *quamdiu res in eodem causa permanerit, si casus obtulerit*, actio in solidum competit.

2) l. 21. §. 1. D. 46. 1. Non est novum ut fidejussor. duabus obligationibus ejusdem pecuniae nomine teneatur.

3) l. §. 4. D. 2. 10. de eo per quem factum fuerit,

4) Thibaut §. 67. nro 1.

5) §. 1. J. de duobus reis 3, 17.

6) l. 5. in fin. Cod. de duobus reis 8, 40.

nun Regel, daß er dieses nicht kann; er steht vielmehr eigentlich nur mit dem Mittelbegriffe der Einheit in Verbindung, den die Mehreren zwischen sich und dem Gegner eingeschoben haben, und kann also gegen diese nur die Beziehungen geltend machen, in welchen sie zu der gedachten Einheit stehen. Daß dem so sey, ergiebt der Fall des Verhältnisses mehrerer Erben zu dem Gläubiger oder Schuldner des Erblassers. — Hier ist ohne Zweifel das Verhältniß Dritter zu dem Verstorbenen an sich einfach und ein solidum; es ist ferner gewiß, daß die Erben mit ihm in unitate personae stehen, und endlich ist dieses Verhältniß, wie sich aus dem Accressenz-Rechte ergiebt, ein sich über das Ganze verbreitendes indefinitum, weßwegen denn auch in der That die Aeußerung vorkommt neque ex persona heredis conditio obligationis immutatur [7]; allein dennoch ist über nichts wohl weniger Zweifel, als daß die Erben nur pro rata berechtigt und verpflichtet sind, welches auch ja schon in den zwölf Tafeln verordnet seyn soll. Der Unmöglichkeit, den Gegenstand zu theilen, welche zuweilen erwähnt wird [8], kann in rechtlicher Hinsicht nicht nachgegangen werden; denn im positiven Rechte hat man es ja nur mit den Rechten in sofern zu thun, als sie schätzbar sind, und was schätzbar ist, das ist seiner Vorstellung nach auch theilbar. — Es muß daher in einem ähnlichen Falle jedesmal eine Auskunft getroffen werden [9]; in Ansehung des heutzutage so gangbaren Ausweges die mehrern Betheiligten zu Litisconsorten zu machen

---

7) l. 2. §. 2. D, de V. O. 45, 1.

8) l. 192. pr. et §. 1. de R. J. D. 50, 17. Beispiele sind — legirte Servituten und Aufführung von Gebäuden, wobei man übrigens auch an die Begünstigung der Legatare gegen die Erben denken muß. Ferner die Herausgabe einer körperlichen Sache wegen eines Verhältnisses der Stellvertretung im Besitz. l. 3. §. 3. u. l. 5. §. 15. D. Commodati 13. 6. l. 12. §. 2. D. de captivis 49, 15.

9) l. 72. pr. D. de. V. O. 45. 1. ideoque etiam in hoc genere dividi et stipulationem; scil. servitutum.

(der übrigens auch bei den Erben wirklich angewendet wird [10]), und wovon die l. 5. Lod. de duobus reis 8, 40. einen noch ausgedehntern Gebrauch macht) [11]), ist übrigens zu bemerken, daß derselbe ein bloßes processuale ist, und es in rechtlicher Hinsicht darum dennoch stets darauf ankommt, ob das Verhältniß die Betheiligten in initio pro rata oder in solidum afficirt.

Was ferner die Communication eines persönlichen Rechtsverhältnisses an Mehrere durch eine Handlung betrifft, so ist zwar die Obligation als eine naturale, d. h. in ihrer Concretion mit der Thatsache nicht mittheilbar, aber doch in sofern sie einen expediten übertragbaren Begriff enthält, und sich auf die actio bezieht. Obgleich nun auch hier eine communicatio actionis pro solida sowohl, als von Berechtigten wie als von Verpflichteten ausgehend denkbar ist, und alsdann unter mehreren unabhängig Berechtigten die Prävention entscheidet [12]), so ist es doch vermöge der Ausbildung der Cession zu einem ordentlichen, seine causa civilis habenden Institute heutzutage überwiegenden Rechtens, daß hinsichtlich derselben Obligation eine Parthei zur Zeit der ausschließliche Inhaber des Klagrechts ist, und unter mehreren Prätendenten eben so, wie beim Eigenthum die Zeit der Uebertragung entscheidet [13]).

---

10) 25. §. 9. D. fam. erciso 10, 2. omnibus in solidum competere actionem,

11) Vergl. auch tit. Cod. de consortibus ejusdem litis 3, 40.

12) l. 16. D. de duobus reis 45, 2. Die Nicht-Solidarität des Besitzes und die Solidarität der Klagen in Beziehung auf Mehrere erklärt sich daraus, weil bei dem Besitze das factum Hauptsache und die Interdicte Nebensache sind; Klagen aber consistant in jure und erst ihre wirkliche Anstellung exactio fällt in die Sinne; alsdann ist dann auch das agere ausschließlich und die Prävention entscheidet. Cuperus de natura possessiones P. 11. §. 13—21.

13) l. 54. de R. S. 50, 17. vgl. mit l. 4. Cod. 8. 17. quaerce pignori und l.3. Cod. de novat. et deleg. 8, 42.

Erkennt das römische Recht in Ansehung neu zu begründender Rechte eine communio der Handlungen an, und redet häufig von einem communiter handeln, im Gegensatze des similiter des bloß neben einander Handelns [14], so daß also die Handlung, obgleich sie in fervore des Geschehens als ein Ungetheiltes erscheint, dennoch stets entweder nach der Zahl oder nach dem Interesse der handelnden Individuen theilbar ist. Um nun zu einer vorläufigen Uebersicht in dieser Sache zu gelangen, so läßt sich sagen, daß die mehreren handelnden Personen allezeit im weiteren Sinne entweder als Bürgen, d. h. accessorisch und zusichernd, oder als Gesellschafter, d. h. principaliter und erwerbend handeln [15], und es würde alsdann bei der Bürgschaft das similiter, bei der Gesellschaft aber das communiter in der Erfahrung das Häufigere seyn; allein obgleich man wohl heutzutage in dieser Manier urtheilt, so haben doch die Römer dieses nicht gethan. Sie hielten sich vielmehr vorzüglich an die vorgefallene Handlung selbst, und berichtigten den erhaltenen Eindruck allenfalls nur durch Zurückführung auf eine mögliche Absicht der fidejussio, in sofern sie es ist. Daß aber der Umstand der societas der Partheien auf ähnliche Weise zur Beurtheilung der Frage benutzt worden sey, ob in einem einzelnen Falle communiter gehandelt worden, läßt sich durchaus nicht behaupten [16]; denn die societas erscheint in dem Titel pro socio, wie überall als ein durchaus eingebildetes [17] oder

14) Brissonius de V. S. ad voc. communiter.

15) Man kann gegen diese Eintheilung nicht einwenden, daß oft in einer Verhandlung Haupt-Interessenten und Bürgen ohne sich zu erkennen zu geben, auftreten; allein dieß ist bloß factum, und sobald es zur Erörterung kommt, so hört man nicht eher auf, als bis die Verhandlung in zwei Obligationen getrennt ist.

16) l. 31 D. pro socio 17, 2.

17) So wie wenigstens mehrmals vorkommt unaginaria venditio, d. h. ein Kauf, der keinen soliden Gegenstand hat. Brissonius ad vocem.

durchaus subjectives Verhältniß unter den Partheien, was an sich auf Dritte gar keine Beziehung hat. Socii konnten allerdings correi seyn [18]); daß sie es aber sind, ist bloß Thatsache und folgt aus der Form der Handlung, und an sich reflectiren die Handlungen des einen socius niemals auf den andern [19]). Folgende Instanz wird das von der Gesellschaft Bemerkte noch deutlicher machen: Wenn mehrere Personen in Verbindung handeln, so geschah diese Verbindung entweder um ihrer selbst willen: dann ist sie unerheblich und kann kein Moment zur Entscheidung der Frage abgeben, in wie weit der Einzelne für seine Handlung verantwortlich ist, oder die Verbindung geschah deshalb, weil die durch das Handeln zu erwerbenden Rechte, so wie sie proponirt werden, für die Einzelnen zu groß sind; dann ist auch, wenn die Handlung bereits geschehen ist, doch hinsichtlich des Einzelnen nur ein bloßes naturale oder Element zu Rechtsverhältnissen vorhanden, und solange kein sonstiges gestum hinzutritt, kann auch von keiner Klage gegen ihn die Rede seyn.

Bei unerlaubter Handlung ist ein communiter Handeln freilich eben so wohl möglich, wie bei erlaubten; allein die communio wird hier nur zum Nachtheil der Handelnden berücksichtigt, und bewirkt zwar die Einheit des insgemein verursachten Schadens, aber ungetheilt in Beziehung auf jeden der vereint handelnden Personen. Dieses Verhältniß kann man aber nicht im exacten Sinne des Worts correct nennen, sondern es steht zwischen diesem und der subjectiven Klage Concurrenz in der Mitte, weil wir bei Privat-Delicten nicht so wie im Criminalrechte besondere, zu Obligationen im Begriffe ausgebildete Thatbestände haben, sondern nur facta obligatoria [20]), und also im vorliegenden Falle keine solida

18) l. 10. D. de duobus reis 45, 2.

19) l. 82. D. pro socio 17, 2.

20) l. 4. D. de O. 44, 7. ipso maleficio. l. 25. §. 1. D. Cod. Ex facto actio etc.

obligatio, sondern nur ein solidum damnum vorhanden ist, weßwegen denn auch von den Delinquirenden zwar wohl gesagt wird, sie seyen in solidum obligirt [21], aber nicht, daß sie correi sind, (und warum soll man diesen letztern Umstand nicht eben so wohl als bedeutend ansehen, wie den erstgenannten) auch geht die Poenal-Klage gegen jeden einzelnen. Die Moral des bisher Gesagten ist übrigens die, daß die aequitas verlangt, daß wenn auf der einen Seite zum Besten des Beschuldigten der Schaden in Eins zusammengefaßt, und dadurch jedesmal eine neue Art von Privat-Delicten [22] constituirt wird, auf der andern Seite die obligatio des Einzelnen sich darnach richten muß, in wie fern der Schaden mit seinen Zwecken in Verbindung gebracht werden kann [23].

§. 2.

Uebersicht der Fälle, in welchen Correalität statt findet.

Von der Begründung activer Correalität läßt sich wenig Abgeschnittenes sagen. Dieses Verhältniß wurde durch die mehr geläufigen Formen der Mandate, Anweisungen und Cessionen sehr in den Schatten gestellt; die Möglichkeit desselben dient vorzüglich zur Motivirung von vorgreifenden Entscheidungen verwickelter Rechtsfragen pto legitimationis bei Kaufgeschäften; was aber das Erkennungs-Princip betrifft, so ist wenigstens mit Gewißheit zu behaupten, daß sich in dieser Hinsicht von passiver Correalität kein Schluß auf active machen läßt, und daß in der Lehre von den Legaten, der Strenge nach, bei mehreren auf denselben Gegenstand ein-

---

21) Vergl. aber auch dagegen l. 51. §. 2. D. ad leg. Aquiliam 9, 2. und l. 34. D. de injuriis 47, 10.

22) l. 1. Cod. de cond. furtiva 4, 8. scheint wirklich einen Unterschied zwischen der Klage aus einem durch ein Kunstwort bezeichneten Delicte dem furto und einer actio ex facto, nämlich die condict. nummorum furtim subtractorum anzuerkennen, wo denn die condictio lediglich in personam geht.

23) Vergl. hiebei ganz im Allgemeinen: Hasse Culpa §. 13. 14. 15.

gesetzten Legataren active Correalität statt findet 24), welcher Umstand sich bei der Accrescenz und Theilbarkeit der Legate als wichtig erweis't; nur ist hier leider das Processualische in den Gesetzen nicht sonderlich ausgebildet.

Was nun die passive Correalität betrifft, so ist diese vorzüglich in dem Institute der Bürgschaft einheimisch: Wenn hier 1) mehrere Personen ohne Beziehung auf einander zwar für die nämliche Obligation, aber für verschiedene Betheiligte eine Bürgschaft eingehen, so ist bloß subjective Concurrenz der Klagen vorhanden 25). Trifft ihre Bürgschaft auch in der Person zusammen, so kann der letzte Bürge fidejussor succedantus seyn, oder doch von dem Gläubiger als solcher behandelt werden müssen 26). Ist dieses nicht der Fall, so sind plures fidejussores vorhanden 27), re conjuncti.

2) Verbürgen sich mehrere in Beziehung auf einander, so sind sie confidejussores 28), wobei denn Eventualität oder Ausschließung außer der Regel ist 29). Diese confidejussores können sich nun zwar auch auf eine Rata verbürgt haben 30), indessen haften sie, obgleich sie in anderer Beziehung wohl mit Erben verglichen werden 31), und für sich jeder in solidum 32), wie dieses entschieden hervorgeht aus der l. 48. D. fidejuss. 46. 1.:

> Si Titius et Seja pro Maevio fidejusserunt subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem.

---

24) L. im Cod. §. 11. de cad. toll. 6. 51. Sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur.

25) l. 40. D. fidejuss 46, 1. l. 51. §. 2. eod.

26) l. 75. D. de R. J. 50, 17.

27) §. 4. J. 3, 21. de fidejuss.

28) l. 23. D. de pactis 2, 14.

29) l. 3. D. de duobus reis 45, 2.

30) l. 9. D. de fidejuss. 46, 1.

31. l. 42. D. R. J. 50, 17.

32) l. 3 in fin. Cod. de fidejuss. 8, 41.

Der hierbei angeführte Grund eum scire potuit mulierem frustra intercedere ist nämlich offenbar abderitisch; da dieses der Gläubiger ja ebenfalls wissen konnte; und wenn also die Bürgschaft sich nicht an und für sich über die ganze Schuld erstreckte, so müßte im vorliegenden Falle die Hälfte derselben als unverbürgt betrachtet werden.

II. Nach Analogie der Bürgschaft kann man nun auch bei allen Contracten Solidarität annehmen, wo mehrere Personen ein periculum oder casus suscipiren.

III. Sind nach einer solchen Analogie auch die bekannten Verfügungen über das Einstehen Mehrerer ex persona ihres Institors, oder mehrerer Exercitoren ex persona magistri [33]), wegen der von diesen innerhalb des ihnen übertragenen Geschäftskreises auf sich gezogenen Verbindlichkeiten zu erklären. So viel Stoff nämlich auch in den Gesetzen über die Frage vorhanden ist, warum sie überhaupt entstehen müssen, und warum sie nicht namentlich nach Analogie der actio de peculio mit Preisgebung des diesen Personen Anvertrauten abkommen können, so wenig läßt sich hinsichtlich der Solidarität des Einstehens beibringen.

IV. Desto merkwürdiger ist dagegen die Bestimmung der l. 44. §. 1. D. de aedelis edict. wegen der Venaliciarien. Um diese Stelle in ihrem wahren Lichte zu sehen, muß man von der l. 31. §. 10. h. t. anfangen: Si venditori plures heredes extiterit et singulis proportione hereditaria poterit servus redhiberi et si servus plurium venierit idem erit dicendum: nam si [34]) plura mancipia ab uno *emantur* verius est, si quasi plures rei fuerunt venditores singulis in solidum

33) l. 1. §. 24. D. de exercit. act. 14, 1.

34) An dem Orte, wo die Auslassungszeichen stehen, befinden sich die Worte: unus a pluribus vel plures ab uno vel etc. Dies sind aber offenbar bei dem Begriffe des solidi nur Ideenassociationen, wodurch sich der Jurist zu dem reinen Gegensatze hinhilft, weßhalb sie dann, um die Uebersicht nicht zu hindern, weggelassen wurden.

esse redhibendum: si tamen partes emtae sint a singulis, recte dicitur, alteri quidem posse redhiberi, cum altero autem agi quanti minoris. Es wird nun in diesem Gesetze hinsichtlich der redhibitorischen Klage, bei welcher natürlich immer nur der Käufer Kläger seyn kann [35]), zwischen dem Falle unterschieden, wo der Kauf eher als eine venditio, und wo er eher als eine emtio angesehen werden kann, und die beiden Fälle si servus plurium venierit und si plura mancipia ab uno emantur (si plurium mancipium ematur wäre noch richtiger gewesen) stehen einander gegenüber. Hier sollen nun im erstern Falle die mehrern Verkäufer nach Analogie der Erben eines Verkäufers nur pro rata haften; im letztern Falle aber (si ist hier für cum zu nehmen eben wie unser wenn) „quasi", d. h. figürlich mehrere Verkäufer angenommen und ihnen in solidum redhibirt werden; wenn aber das Gegentheil deutlich erhellt si tamen partes emtae sint a singulis, so wird recte, d. h. im Gegensatze des quasi gegen jeden theilweise redhibirt und quanti minoris geklagt.

Ob nun im einzelnen Falle emtio oder venditio vorhanden ist, richtet sich nach den Umständen, je nachdem der Verkäufer mehr durch Rücksicht auf das Kaufgeld, als weil er überhaupt seine Sachen veräußern wollte, zu dem Verkaufe bewogen ist. Von diesem Standpunkte aus ist nun die l. 44. §. 1., welche eben so wie die in dieser Hinsicht curieuse l. 3. Cod. de aleatoribus 3, 43. im Affecte geschrieben ist und überhaupt eben keine klassische Haltung hat, leicht zu erklären: der hier vorkommende Ausdruck quamvis ex emto actio sit cum singulis pro portione qua socii fuerunt muß nämlich hier, wo der Jurist zu sehr mit dem gerade vorliegenden Falle beschäftigt ist, um die sämmtlichen Unterscheidungen der l. 31. §. 10. herzählen zu mögen, schlechthin auf den Fall des

35) Glück Commentar Th. 20. S. 213. hat daher diese Stelle hierin mißverstanden, und sie ist auch sonst meistens nur flüchtig behandelt.

civilen Verkaufs bezogen werden, und dann ist die Aeußerung: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est, also würden sie (dieß scheint damit suggerirt zu seyn) eine discrete Beachtung ihrer Verhältnisse unter sich nur zu allerlei Behelfen und Weiterungen mißbrauchen [35 a]), zugleich eine Hindeutung auf den in diesem Falle anzunehmenden Gewinn oder Handelsverkauf, und auf die für diesen Fall geeignete ädilitische Klage im Gegensatze der actio emti [36]).

Daß übrigens dieser Fall hinsichtlich der Passiv-Legitimation der einzelnen Verkäufer möglicherweise sehr intrikat seyn konnte, ist häufig genug bemerkt worden. Hier kommt es aber nicht darauf an, sich mit Muße in die Untersuchung dieses Falles zu verlieren, und deshalb soll über diesen Gegenstand nur noch bemerkt werden, daß eine analogische Ausdehnung auf den Fall einer Evictionsklage, wenigstens so weit sie nicht actio emti ist, schon um deswillen etwas für sich hat, weil gleich im §. 2. der l. 44. von Eviction die Rede ist.

V. Ferner haften in einigen Fällen mehrere Mandatare in solidum, nämlich a. wenn das Mandat von der Art ist, daß auch einer der Mandatare es für sich allein hätte ausführen können [37]), und b. wenn der Mandant ein potentior ist, welcher jedem Einzelnen das Ganze hätte befehlen können, in welchem letztern Falle aber die Klage eigentlich nie neues Mandat ist.

VI. Ist nun noch Einiges [38]) über die Correalität in der

---

35 a) Vgl. auch tit. Cod. de commerciis et mercatoribus 4, 63.

36) Huberi praelect. ad tit. D. 21, 1. §. 4. Unterholzner von dem Verkaufe mangelhafter Sachen: Archiv für die civ. Praxis 6ter Bd. 1stes Heft. S. 97-106.

37) l. 60. §. 2. D. mandati 17, 1. l. 5 in fin. D. de duobus reis 45, 2.

38) Donelli commentarii ad tit. D. 45, 1. de V. O. 415 S. fol.

exacten Bedeutung, so wie sie den oben angeführten Anwendungen zum Vorbilde dienet, und wie sie bloß wegen der Form der sie begründenden Handlung angenommen wird, beizubringen. Die Lehre von der activen und passiven Correalität findet sich in den Institutionen, Digesten und Codex, und zwar handelt in den Institutionen Titel 3, 16. de V. O. 17. de duabus reis, 20. de inutilibus stipulat. und 21. de fidejuss., in den Digesten Titel 4, 51. de V. O. 45, 2. de duabus reis constituendis, und der bald darauf folgende Titel 46, 1. de fidejuss. und im Codex 8, 39. de inutilibus stipulat. 40. de duobus reis und 41. de fidejuss. In diesen Titeln werden nur die eine Herbeiführung des Zustandes eines Klägers oder eines Beklagten gegen mehrere bezweckenden Geschäftsformen auf eine gar concrete und scrupulöse Weise dargestellt, so daß man wohl sieht, daß gewohnheitsrechtliche Convention bei der Bedeutung derselben das Beste thun mußte. So heißt es z. B. in der l. 4. D. h. t. Duo rei sive ita interrogati Spondetis responderint Spondeo, sive ita interrogati Spondes respondissent Spondemus, recte obligantur und in l. 9. D. h. t. wird gesagt, daß man non tantum verbis stipulationis, sondern auch in andern Verhandlungen durch solennia verba, wie z. B. bei Legaten verbis civilibus und imperativis Correalität begründen könne utputa si pluribus heredibus relictis testator dixerit, Titius et Mevius Sempronio decem dato [39].

Unitas actus war nothwendig, so daß in l. 6. §. 3. D. h. t. mit Wichtigkeit bemerkt wird: Modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obligatione non sit, non impedit quominus duo rei fiant; fidejussor quoque inter duorum reorum responsa si respondeat, potest videri non impedisse obligationem [40].

---

39) Vgl. auch l. 2. D. h. t. Cum duo eandem pecuniam promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singuli in solidum debentur et singuli debent.

40) Vgl. l. 12. D. h. t.

Ungeachtet der förmlich gleichen Verbindlichkeit der Sponsoren wurde dennoch hinsichtlich der Leistung manchmal auf die Verschiedenheit der Personen Rücksicht genommen. Ex persona cujusque ratio proprii temporis habebitur nam et si maxime parem causam suscipiant nihilominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio [41].

Schließlich ist noch zu bemerken, daß in mehrern Stellen gesagt wird, daß nur der Gebrauch des Worts solidum als Specificum die Correalität bewirken kann [42]. Diese Bestimmung muß aber wohl auf verborum obligationes beschränkt werden [43].

§. 3.

Anwendung des beneficii divisionis auf diese Verhältnisse.

Das beneficium divisionis kann nur hinsichtlich solcher gegen Mehrere zuständiger Forderungen statt finden, die nicht schon von Rechtswegen getheilt sind. Initio beneficium non datur [44]. Ferner setzt es Gleichheit der Causa debendi unter den Verpflichteten voraus, so daß z. B. Hauptschuldner und Bürge es nicht gegen einander haben [45]. Kleine Verschiedenheiten in modo der obligatorischen Leistung schließen indessen das beneficium nicht aus.

Dieses Recht ist eigentlich in dem Institute der Bürgschaft einheimisch und ursprünglich daraus entstanden, daß der zahlende Bürge sich die Klage gegen den Hauptschuldner cediren lassen konnte, und man ihm diese Befugniß, durch äußere Aehnlichkeit verleitet, auch hinsichtlich der dem Gläu-

41) l. 9. §. 2. D. h. t.

42) z. B. l. 11. §. 1. D. h. t.

43) Huberi praelect. ad tit. D. 45, 2.

44) l. 69. De R. J. 50. 17.

45) l. 27. §. 4. D. de fidejuss. 46, 1.

biger gegen sonstige Bürgen zuständigen Klagen ertheilt hatte [46].

Wenn es nun aber unbillig war, daß derjenige Bürge, der zuerst in Anspruch genommen wird, ungeachtet seiner Gleichheit mit den übrigen Alles bezahlen soll, so ist es aus dem nämlichen Grunde auch unbillig, daß der Alles bezahlt, gegen den die letzte Klage cedirt wird, und es wird sich daher vermuthlich (denn wir haben in dieser Hinsicht keine ausdrückliche Autorität) unter den Bürgen ein Benehmen gebildet haben, kraft dessen der Cessionar einen verhältnißmäßigen Theil an seiner Forderung abrechnete. In Beziehung auf eine solche Disposition unter den Bürgen wurde es nun am Ende zu einem Rechtsgeschäfte (was nur, in sofern es durch richterliche Vermittlung unterstützt wird, beneficium [47] heißen kann), daß der zuerst angesprochene Bürge von dem Gläubiger selbst unter Anerbieten einer Caution [48] für die aus der Theilung für ihn entstehenden Proceßkosten rc. eine solche Theilung verlangen konnte. Diese Theilung war von der Zeit der Litiscontestation des provocirenden Bürgen bis zur Litiscontestation des Abgetheilten nur provisorisch [49], so daß bis dahin si quis eorum ante exactam a se partem sine herede decesserit, dessen Antheil von den übrigen Bürgen übernommen werden mußte. Durch die Litiscontestation des Abgetheilten wurde aber die Theilung definitiv, so daß der Gläubiger von der Insolvenz desselben den Schaden hatte [50]) cum inter fidejussores actione divisa quidam post li-

---

46) l. 17. D. de fidejuss. 46, 1. l. 41. §. 1, eod. adversus eos qui idem mandaverunt.

47) ex epistola D. Hadriani, Sacrilegii instar est divinis obviare beneficiis l. 3. Cod. 1, 23.

48) l. 10. D. de fidejuss. 46 1. suo periculo confidejussores conveniantur pro parte.

49) l. 26. D. de fidejuss. 46, 1.

50) l. 51. §. 4. D. de fidejuss. 46, 1.

tem contestatam solvendo esse desierint, ea res ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinet, nec auxilio defenditur aetatis actor, non enim deceptor videtur jure communi usus [51]. Dieser Grund scheint auch ganz richtig zu seyn; denn ein obligatorisches Verhältniß [52] ist seiner Natur nach stets nur ein Vorgang in der Zeit, den die Betheiligten auf sich beziehen, und auf dessen Unveränderlichkeit sie keineswegs solche Rechte wie auf körperliche Sachen haben können. Wenn daher das jus civile von einem Gläubiger benutzt werden kann, einen Bürgen solidarisch anzugreifen; so kann auch von dem Bürgen das jus commune [53] benutzt werden, um sich wiederum von der Verbindlichkeit loszumachen [54].

Man kann übrigens anjetzt, wo die Litiscontestation keine Novation bewirkt, nicht mehr von dieser, sondern erst von dem Zeitpunkte der Verurtheilung des abgetheilten Schuldners pro rata an, und von der hieraus gegen ihn entstehenden actio judicati die Novation beginnen lassen, wofür auch schon angeführt werden kann l. 5. §. 7. D. judicatum solvi. 46, 7. Si tamen plures fidejussores defendere fuerint parati, videamus utrum unum defensorem debent dari? An vero sufficiat, ut unusquisque eorum *pro parte sua* defendat vel defensorem substituat? Et magis est ut nisi unum dent procuratorem desiderante hoc actore committatur stipulatio ob rem non defensam.

Von diesen Bestimmungen über die Verhältnisse des Gläubigers zu den Bürgen läßt sich nun eine analogische Anwen-

---

51) Vgl. auch l. 18. Cod. de pactis 2, 3. und Donelli Comm. ad h. t. nro 2. Hoc vero est quod imperatores voluerunt, hunc qui jam solvit nec pro se de reliqua parte conveniri posse.

52) Zumal bei solchen Obligationen, die, wie die hier vorliegenden, sich wesentlich auf die actio beziehen.

53) l. 6. pr. D. de justit. et jur. 1, 1.

54) l. 153. de R. J. 50, 17.

dung auf Correal-Verhältnisse in der exacten Bedeutung des Worts wohl vertheidigen: die l. 11. pr. D. de duobus reis 45, 2. sagt ausdrücklich Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit; und obwohl es scheinen möchte, daß diese Aehnlichkeit gerade in dem betreffenden Punkte cessirt, indem hier von dem, dem beneficio divisionis zum Grunde liegenden beneficio cedendarum actionum nicht wohl die Rede seyn kann, da ja eine jede von einem wirklichen correus geschehene Zahlung die Forderung ipso jure afficiren muß, und eine anderweitige destinatio der Zahlung hier, wo ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus, widersinnig seyn würde [55]; allein es ist auf der andern Seite zu bedenken, daß bei Correal-Forderungen im eigentlichen Sinne, wenn man von ihnen sagt, sie seyen alterna vice fidejussiones, auch zugleich ein unerfindlicher Hauptschuldner, von dem jeder correus etwas an sich trägt, gesetzt wird. Es würde also hier hinsichtlich des beneficii excussionis ein ganz ähnliches Herumtreiben statt finden, wie es bei der Bürgschaft vermöge des beneficii cedendarum actionum erfolgt.

Zu diesem kommt nun noch, daß die Nov. 99. de duobus reis in Cap. 1. mit den Worten Si quis enim alterna fidejussione obligatos sumat aliquos in der gewöhnlichen captiösen und S. V. rabulistischen Manier, worin die Novellen abgefaßt sind, jene einleitenden Gedanken der l. 11. pr. D. cit. wiederum aufgreift und mit duo rei zu verwechseln sucht. Diese Ansicht wird auch noch bestärkt, wenn man den griechischen Urtext [56] zu Rathe zieht: Εἴ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, also eigentlich, „wenn jemand auf wechselseitig sich verbürgende Weise (adverbialisch) Anzuklagende vornimmt", denn das Wort obligatus wird bekannt-

55) Huberi praelect. ad tit. D. 46, 1, de fidejuss. — §. 8. Cujacii obs. et emend. lib. 22. cap. 5.

56) Fabrot. Tom. IV. pag. 121.

lich sonst immer mit ἔνοχος gegeben. — Bezieht man nun diesem zufolge nach der gewöhnlichen Meinung, aber freilich gegen die Meinung des Cujas in der angeführten Observation und resp. Emendation, die Disposition der Novelle nicht nur auf solche correos, die sich in der That wechselseitig für einander verbürgt hatten, sondern auf alle die, bei denen sich ein solches Verhältniß irgend ohne Widerstreit denken läßt [57], so hat man das Resultat, daß diese Personen als Litisconsorten zu behandeln sind, und die Leistung so lange, bis die solutio erfolgt, unter sie zu vertheilen ist.

§. 5.

Anwendung dieser Bestimmungen auf das Recht der Handelsfirmen als qualificirter Societäten.

Obgleich gemeinrechtlich die Societät als rein subjectives Verhältniß in gar keiner, d. h. in gar keiner wirkenden Beziehung zu Dritten, folglich auch nicht zu einem Correat oder Nicht-Correat der socii steht, so scheint doch die Vollständigkeit dieses Aufsatzes, und damit bei ihm das nicht eintreffe, was man im gemeinen Leben (vermuthlich durch das Ansehn jenes berühmten Tadlers des scholastischen Verfahrens zu den Zeiten Jacobs des ersten verleitet) von der Inefficacität aller solcher Gebilde zu sagen pflegt, eine von dem Aufstellenden selbst versuchte Durchführung bis zu dem angegebenen, täglich vorkommenden Gegenstande zu erfordern.

Es sind hier zur Bezeichnung desselben folgende Notizen aus dem deutschen Rechte anzuführen: Man versteht dem Sprachgebrauche zufolge unter Firma eine Societät unter Kaufleuten, welche in Beziehung zu Oeffentlichkeit steht, so daß also der Ausdruck „offene Handelsgesellschaft“ [58] für die systematische Anordnung wohl gewiß der zweckmäßigste ist.

---

57) Also z. B. nicht auf vereint Delinquirende; wohl aber auf socii und Mandatare, welche correi sind.

58) Mittermaier deutsches Privatrecht. §. 501.

Durch eine Beziehung zu Oeffentlichkeit kann nun zwar die Societät nicht mehr Societät werden, als sie es schon nach römischem Rechte ist [59]; allein die modale Einwirkung, welche zufolge einer hierzu disponirenden Gewohnheit die Oeffentlichkeit eines Verhältnisses auf dasselbe hat, wird deshalb noch nicht uncivilistisch.

Man braucht sich nämlich bloß zu hüten, daß man nicht der Handlung, wodurch die socii sich als Firma constituiren, schon als solcher eine specifike Bedeutung beilegt, indem dieselbe vielmehr nur eine Befolgung einer allgemeinen Gewohnheit und nothwendigerweise stets gleichförmig ist. Für die sich als Firma [60] constituirenden Socii ist sie nämlich als vorzunehmende Handlung wichtig, weil die Socii ohne ihre Willenserklärung nicht von dritten Personen als solche begriffen werden können, sie ist aber durchaus ihr eigenes Werk, indem sie, um als Firma betrachtet zu werden, auch keines Consenses Dritter bedürfen [61]). Mutare itaque nomen aut praenomen sine aliqua fraude, licito jure si liber es, secundum ea quae statuta sunt non prohiberis. Die Annahme dieser Erklärung von Seiten des Publikums ist also nothwendig, und berechtigt dasselbe keineswegs und eben so wenig Einzelne in dessen Namen zur Aufstellung von Gegenbedingungen; sie ist bloß Folge einer den sociis zuständigen Facultät, welche sogar durch eine Präjudicialklage geltend gemacht werden könnte, und kann erst, nachdem sie als ein Ereigniß in rerum natura eingetreten ist, in rechtlichen Betracht kommen.

---

59) l. 63. pro socio D. 17, 2.

60) Der etymologische Sinn dieses Worts beruht in dem confirmare, Firma heißt also eigentlich Bestätigung. Somit, Unterschrift, Siegel rc. und auf Personen angewendet, eine Gesellschaft, die sich eines gemeinsamen Siegels bedient. Im Französischen heißt ferme bekanntlich ein Pachthof, als ein vermöge eines Contracts bestätigter Besitz.

61) l. 44. Cod. de mutatione nominis 9, 25.

In dieser Hinsicht ist es nun ein ganz zusagender und mit der Oeffentlichkeit, so wie sie sich bei andern Instituten äußert, in Verbindung bleibender Gedanke, daß die Societät dadurch den rein persönlichen Charakter, den sie, so wie einigermaßen auch die emtio venditio, bei den Römern hatte, verliert, und etwa so, wie bei ihnen den Besitz durch Stellvertreter zu etwas Absolutem und außerhalb der Partheien Dastehenden wird, vermöge dessen Einwirkung die socii zu für einander fungirenden und fungibeln Personen werden, und in sofern ihre Persönlichkeit verlieren [62]), so daß also das Institut der Firma eigentlich mehr in das jus personarum, als in das jus obligationum gehört [63]), und solchergestalt ein necessitatis causa introductum ist.

Dieses vorangeschickt, wird nun die Anwendung des römischen Rechts auf diesen Gegenstand mit der erforderlichen Sicherheit geschehen können. Was nämlich 1. die activen Rechtsverhältnisse betrifft, so verliert die römische Unterscheidung, ob im einzelnen Falle communiter gehandelt sey, oder von Einzelnen hier alle Erheblichkeit, und es wird in materieller Hinsicht, d. h. dem rechtlichen Affecte nach, allezeit communiter verfahren, weßhalb denn also das römische Recht nur hinsichtlich der Form der Mittheilung der Action vor allem wichtig ist. Handelte nun bei den Römern ein socius, so mußte er seinen Genossen den ihnen zukommenden Antheil durch ein Rechtsgeschäft cediren, und da war es denn wohl nothwendige Folge, daß jeder auch nur pro rata juris cessi gegen Dritte klagen konnte; allein da, wie gesagt, bei einer Firma die Handlungen Einzelner stets vi ipsa Bezug

62) Vgl. not 8. zu §. 1. dieses Aufsatzes. Auch das Verhältniß mehrerer Tutoren eines minor hat hiermit einige Aehnlichkeit; dies ist aber mehr positiven Rechtes und findet nur bei Delicten statt.

63) Die Rubrik „gesammte Handl. im Gegensatze der todten Hand i. e. universitas" dürfte zur Classification der Firma im deutschen Rechte geeignet seyn.

auf alle haben, so wird anjetzt die Mittheilung schon ipso jure, d. h. ipso jure societatis vor sich gehen. Ob nun aber diese Mittheilung pro diviso oder in solidum geschieht, muß, da hier nicht eine Thatsache, sondern eine Rechtswirkung vorging, und den Rechten nach das Eine so gut möglich ist, als das Andere, vorläufig solange in suspenso bleiben, bis die That entscheidet. Setzt nämlich ein anderer firmirter socius das Recht als solidum fort und die Uebrigen inhibiren nicht, was ihnen allerdings freisteht [64], so muß, da Dritte die socii nicht zur Theilung zwingen können, die Fortführung der Rechte (das agere) eben so wohl von Einem geschehen dürfen, wie die erste Erwerbhandlung, und in diesem Sinne ist also actives Correat vorhanden.

2. Auch die Verpflichtungen der firmirten socii haben eine materielle Beziehung auf alle, und es kommt hier also ebenfalls nur auf Bestimmung der Form der Mittheilung an: Hatte nun ein römischer socius eine Verpflichtung auf sich gezogen, so konnte er freilich seine Genossen zur Beihülfe auffordern, allein er wußte dieses nicht, und es bleiben also für Dritte nur die allgemeinen Rechtsmittel der in rem versio übrig. Folglich kann denn auch jetzt bei einer Firma keinesweges von einem Uebergange der Verpflichtungen ipso jure societatis die Rede seyn, sondern das absolute Dastehen der Firma kann Dritten nur die Facultät geben, die Rechte, die der handelnde socius gegen die übrigen hatte, ebenfalls nunmehr direct mittelst einer actio adjectitiae qualitatis pro socio geltend zu machen, oder auch, da die Handelssocietät zugleich ein mandatum in rem communem an die Handelnden in sich schließt [65], eine actio adjectitiae qualitatis ex mandato anzustellen. Auch diese letztere Klage wird als actio mandati freilich gegen jeden nur pro rata gehen; allein wie-

64) l. 65. §. 15. D. pro socio 17, 2.

65) Vgl. die S. 298 aufgestellte Definition.

derum wegen der Oeffentlichkeit des Mandats sind die Mandanten hier nicht allein als solche, sondern auch zugleich in Bezug auf Dritte als mandatores zu betrachten. Sind sie aber dieses, so sind sie bekanntlich als fidejussores zu behandeln, mithin, da der einzeln handelnde socius hier bloß Hypothese ist, und ein solcher in der Regel gar nicht als Erscheinung existirt, sind sie alterna fidejussione obligati, und jeder kann in solidum belangt werden.

Dieser Versuch, zwar nicht einer imponirenden Deduction, aber doch einer zusammenhängenden und umständlichen demonstratio ist, was den Gedanken anbetrifft, keinesweges neu [66]. Quarto addunt Dd. hanc exceptionem sive declarationem quod plures socii simul communi consensu contrahentes licet singuli non ut debitores principales in solidum obligentur, tamen quia ipsi pro se fidejubere videntur tanquam fidejussores in solidum teneantur. Lauterbach selbst verwirft die Meinung, weil der sich principaliter Obligirende nun einmal die Absicht hatte, sich principaliter zu obligiren und nichts weiter. Allein bei mandatores ist ja niemals eine stillschweigende Absicht zum fidejubere vorhanden, sondern nur eine gesetzliche Consequenz. Somit also kann man das ruunt subductis tecta columnis, was Lauterbach seinen Gegnern zuruft — bei ihm selbst anwenden. Auch kommt er auf einem andern Wege am Ende doch zu einem ganz ähnlichen Resultate. Denn obwohl er zufolge l. 4 pr. et §. 1. D. de exercit. act. 14, 1. zwischen solchen sociis, die in der That einen aus ihrer Mitte zum magister angesetzt hatten und solcher, die per se navem exercent, unterscheidet, so behauptet er doch in den §§. 21 u. 59. die Möglichkeit einer tacita praepositio, und sagt im §. 63: Ubi enim non constat quod omnes omnia simul communi consensu agere velint, tacite sibi invicem mandasse censen-

66) Lauterbach Diss. de socionem obl., quae oritur ex conventione cum extraneis inita §. 36.

tur. Was denn freilich mit dem neque invicem sui magistri esse *videntur* seiner l. 4. de exercit. D. 14, 1. nicht zum Besten harmonirt.

Alle solche divitiae und Anführung römischer Gesetze in constitutiver Hinsicht sind nun aber höchst mißlich; denn wenn man auch die aufgestellten praesumtiones facti gelten läßt, und dabei einen guten Willen für eine That nimmt, so sind doch die römischen Bestimmungen über die Solidarität der actio exercitoria und institoria als bloßer actiones mandati selbst wieder nach den eigenen Ansichten der Römer etwas nur aus dem vorliegenden Falle Hervorgehendes. Deshalb lassen sie die Klagen gegen die Erben der exercitores nur pro rata gehen [67], und gegen Väter oder Herren der exercitores im Falle bloßer scientia nur peculiotenus [68], versprechen auch den exercitoribus keine Klage aus den Handlungen des magistri navis gegen Dritte [69], ja sie halten endlich das Geschäft der venaliciarii nautae [70]) und caupones [71] keinesweges für gelegentlich jedermanns Sache, und so würden sich dann bei einer lediglichen Anwendung des römischen Rechts, bei welcher man außerdem auch gar keinen leitenden Grundsatz hinsichtlich des Schema der obligatio bekommt, allenthalben die bedenkichsten Lücken ergeben, wozu denn noch kommt, daß man sich hier auf dem Gebiete des lebenden Rechts und mit dem römischen Juristen in derselben Lage befindet. Diesem zufolge ist es denn wohl gewiß das Sicherste, die Solidarität bei der Firma mehr in die mandatio, als in das Mandat zu setzen, in dieser Hin-

---

67) l. 14. de instit. act. D. 14, 3.

68) l. 1. §. 20. de exercit. act. D. 14, 1.

69) l. 1. §. 18. eodem.

70) Alioquin contrahentes decipientur, sagt Ulpian in l. 1. §. 5. D. de exercit. act.

71) Das Geschäft der institores wird nur ausnahmweise auf mehr als Kleinhandel ausgedehnt. l. 4. D. de instit. act. 14, 3.

sicht aber auch schlechthin und also auch z. B. bei ohne Solidarclausel acceptirten Wechseln zu behaupten, daß jeder firmirte socius ganz allein auf das solidum belangt werden könne und Rede stehen müsse.

Unter diesen Umständen kann nun aber auf der andern Seite auch gegen die Anwendbarkeit des beneficii divisionis, was freilich Benedict Carpzov, der aber vorzüglich doch nur als Criminalist bedeutend ist, den sociis nicht gestattet [72], eigentlich gar kein Zweifel seyn [73], und zwar nicht allein hinsichtlich der Nov. 99. cap. 1., sondern auch hinsichtlich alles dessen, was in dem §. 3. dieser Abhandlung hierüber aus den Gesetzen angeführt ist, welche Behauptung zu bestärken und überhaupt das Ganze zu schließen, wohl nichts geeigneter seyn kann, als die Worte Fabers [74]:

> Proinde quod diximus, posse unumquemque ex exercitoribus in solidum conveniri non tam ad effectum exactionis quam agendi facilitatem pertinet nec tam ne damno ullo actor afficiatur quam ut ne ille incommodo scissae per partes defensionis [75].

---

72) Carpzov jurisprudentia forensis P. II. constitut. 12 definitio 15. und dec. pract. P. II. dec. 192 n. 22.

73) Lauterbach §. 64., welcher aber hinsichtlich der l. 14. D. de inst. act. wohl zu weit geht.

74) Faber rational. ad Pand. l. 3. D. de exercit. act. 14, 1.

75) Scil. afficiatur.